

## Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal \*

**Lorena Varela**

*Investigadora Posdoctoral. Instituto de Derecho Penal Económico. Universität des Saarlandes*

VARELA, Lorena. Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-02, pp. 1-20. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-02.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-02 (2017), 10 ene]

**RESUMEN:** El presente trabajo se divide en dos partes. En la primera parte se ofrece una breve descripción (ligeramente sometida a valoración) sobre la teoría de la decisión, los modelos de la racionalidad humana, el Análisis Económico del Derecho y el Análisis Económico-Conductual del Derecho como planteamientos teóricos a considerar en las estructuras de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva del injusto penal. En la segunda parte se propone una forma alternativa (a modo de esbozo) de abordar la construcción de los baremos de imputación a nivel del tipo objetivo y a nivel del tipo subjetivo, en correspondencia con estos planteamientos teóricos. Con ello, además de las conclusiones a las que se arriban, se dejará en evidencia la utilidad teórica y práctica, que presentan los diferentes estudios en ciencias sociales para la construcción de las estructuras dogmáticas de la imputación jurídico-penal.

**PALABRAS CLAVE:** teoría de la decisión, modelos de la racionalidad humana, racionalidad perfecta, racionalidad limitada, Análisis Económico del Derecho, Análisis Económico-Conductual del

Derecho, agente racional, persona limitadamente razonable, sesgos cognitivos, Derecho penal y ciencias sociales, imputación objetiva, imputación subjetiva, dolo y error.

**ABSTRACT:** This paper is divided in two parts. The first part is a brief description (with a slight appreciation) about the decision-making theory, models of human rationality, Law and Economics Analysis, Behavioral Law and Economics Analysis as theoretical approaches to consider in the objective and subjective attribution of the offense. The second part contains an alternative approach (as a sketch) to the construction of the objective and subjective attribution standards in correspondence with these theoretical approaches. With this, in addition to the conclusions which I arrived, I will expose the theoretical and practical value presented by different social sciences studies for the construction of the dogmatic structures of the criminal attribution.

**KEYWORDS:** decision-making theory, models of rationality, perfect rationality, bounded rationality, Law and Economics, Behavioral Law and Economics, rational man, boundedly rational person, cognitive bias, criminal Law and social sciences, actus reus (objective attribution), mens rea (subjective attribution), intention, knowledge, recklessness, negligence.

Fecha de publicación: 10 enero 2017

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas: la teoría de la decisión y los modelos de la racionalidad humana. I.a. Objeto de estudio e hipótesis. II. El Análisis Económico del

*Derecho y el Análisis Económico-Conductual del Derecho en el Derecho penal. II.a. Modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal. II.a.1. Modelo clásico de la racionalidad humana en el juicio de imputación objetiva. II.a.2. Modelo de la racionalidad humana limitada en el juicio de imputación subjetiva. III. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* El presente trabajo fue presentado como comunicación en el XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho penal, Análisis Económico del Derecho y Derecho penal, de la Universidad de León, realizado los días 7 y 8 de julio de 2016. La línea desarrollada en estas páginas se inscribe en el marco del Proyecto “Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal en la empresa (FFI2008-01738-FISO)”. A efectos de su publicación el trabajo ha sido sometido a una nueva revisión para mejorar su forma y contenido. La participación en el Seminario fue económicamente posible gracias a las ayudas a la investigación del Programa EBES del Departamento de Derecho de la *Universitat Pompeu Fabra*.

## **I. Consideraciones previas: la teoría de la decisión y los modelos de la racionalidad humana**

Despertar por la mañana es una decisión, espontánea o automatizada, pero lo es; seleccionar a nuestros afectos, qué carrera estudiar, escoger qué libro leer, a quién votar, qué viaje hacer, qué vehículo comprar, cómo vestir o qué desayunar, también lo es; y así infinitamente. La vida es toda ella una decisión<sup>1</sup>.

La teoría de la decisión o de la toma de decisiones es una teoría multidisciplinar y transversal, muy trabajada desde hace tiempo en el campo de la economía, la psicología, la política, la sociología, la ética y el Derecho. Su objeto de estudio es el proceso cognitivo-conductual en la toma de decisiones de las personas bajo condiciones complejas y en situaciones de incertidumbre<sup>2</sup>, desde numerosos enfoques: en solitario (decisiones individuales), en grupo (decisiones grupales u organizacionales) o en masa (decisiones masificadas, que no responden a una estructura)<sup>3</sup>. Tres versiones presenta esta teoría<sup>4</sup>. En primer lugar, la propuesta normativa (prescriptiva) desde la cual se formula cómo se deberían tomar decisiones o cuál habría de ser la mejor decisión en determinadas circunstancias por determinadas personas. Esto es, una teoría del *deber ser* de la decisión. En segundo lugar, la versión descriptiva (positiva) de la teoría, que se ocupa desde estudios empíricos de demostrar cómo en

<sup>1</sup> “Una decisión, lo mismo individual que de grupo, implica una elección entre dos o más opciones o *actos*, cada uno de los cuales produce uno o varios *resultados*”; resultados que dependen también del entorno. Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 25.

<sup>2</sup> Sobre la teoría de la decisión, en especial la obra filosófica de RESNIK, *Elecciones*, 1998, pp. 13 y ss., 19 y ss. Véase también LANGLEY/MINTZBERG/PITCHER/POSADA/SAINT-MACARY, “Opening up decision making”, en *OS*, 1995, pp. 260 y ss.

<sup>3</sup> Véase RESNIK, *Elecciones*, 1998, pp. 22 y ss.

<sup>4</sup> Véase RESNIK, *Elecciones*, 1998, pp. 19 y ss. (sobre la teoría normativa o prescriptiva y la teoría descriptiva). Con otra clasificación, AGUIAR, “Teoría de la decisión”, en *Empiria*, 2004, p. 142. Para este autor existen tres vertientes de la teoría de la decisión: la normativa, que “estudia qué decisiones *debe* tomar un agente idealizado (que no sufre nunca incoherencias lógicas y que es capaz de optimizar la búsqueda de información)”, que la distingue de la versión prescriptiva, que “se ocupa, en cambio, de cómo pueden *elegir bien* individuos reales, dadas sus limitaciones cognitivas e informativas” y, en tercer lugar, la manifestación descriptiva, que “estudia cómo deciden, de hecho, las personas”.

concreto deciden cotidianamente las personas. Esta versión trata del *ser* de la decisión. Finalmente, en tercer lugar, la vertiente teórica predictiva, que considera que desde los datos reales reunidos es posible anticiparse mentalmente a cómo se comportarán las personas en determinados supuestos. Este es el enfoque del *prever* la decisión.

Las teorías normativas emplean como modelo de especulación la abstracción de un agente idealmente racional<sup>5</sup>, a diferencia de las teorías descriptivas y predictivas que se valen de las personas reales en casos concretos<sup>6</sup>. En economía y filosofía el empleo de la vertiente normativa ha caracterizado a la teoría clásica de la utilidad subjetiva esperada, que opera con un modelo de racionalidad perfecta, mientras que en las ciencias sociales el empleo de la vertiente descriptiva ha caracterizado a la teoría de la racionalidad limitada (*bounded rationality*)<sup>7</sup> que, como su nombre lo indica, trabaja con un modelo de racionalidad imperfecta o acotada.

*Grosso modo* los modelos de la racionalidad humana son planteamientos teóricos de la manera en cómo se concibe la estructura mental-conductual de las personas. Es decir, de cómo se concibe la razón (racionalidad) humana, si como algo perfecto e ilimitado o, por el contrario, como algo imperfecto y limitado, y de qué manera se manifiesta esa racionalidad al momento de tomar decisiones y actuar. El primer modelo, el de la racionalidad humana perfecta, trabaja desde una hipótesis de agente racional, que puede “adquirir, guardar y procesar cantidades de información ilimitadas”<sup>8</sup>, que nunca incurre en “errores lógicos o matemáticos”<sup>9</sup> y que conoce perfectamente “todas las consecuencias lógicas de sus creencias”<sup>10</sup>. En economía y otras ramas del conocimiento es este el modelo escogido por los defensores del Análisis Económico del Derecho (AED<sup>11</sup>), que a través de la teoría de la utilidad subjetiva esperada (*subjective expected utility theory* o *SEU*), pregona que las personas al momento de decidir no tomamos en cuenta lo que preferimos o necesitamos, sino aquello que es lo óptimo o eficaz en la situación indicada<sup>12</sup>. Por el contrario, el segundo modelo, el de la racionalidad humana imperfecta, aborda

<sup>5</sup> Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 19.

<sup>6</sup> Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 19.

<sup>7</sup> Teoría creada por SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 17 y ss. [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 29 y ss., 31]; y “Decision making in business organizations”, en *AER*, 1979, pp. 493 y ss. Sobre la teoría de este autor BONOME, *La racionalidad en la toma de decisiones*, 2009. Para AGUIAR, “Teoría de la decisión”, en *Empiria*, 2004, p. 152, “la propuesta de Simon implica una triple transformación del modelo SEU, (...), en primer lugar, por una concepción procedimental de la racionalidad en lugar de la concepción sustantiva del SEU; en segundo lugar, reemplaza el concepto de maximización por el de satisfacción (... el decisor no se preocupa tanto por elegir lo óptimo como por elegir una acción cuyo resultado le satisfaga). Por último, estas transformaciones le conducen a una teoría descriptiva de la decisión frente al carácter normativo de la SEU”.

<sup>8</sup> Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 20.

<sup>9</sup> Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 20.

<sup>10</sup> Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 20.

<sup>11</sup> Expresión castellanizada de la raíz inglesa *Law and Economics* (L&E).

<sup>12</sup> Cfr. AGUIAR, “Teoría de la decisión”, en *Empiria*, 2004, p. 150.

sus cuestiones desde un criterio de agente limitadamente racional, que cuenta con acotadas capacidades y habilidades mentales. Los partidarios de este modelo son los científicos sociales del Análisis Económico-Conductual del Derecho (AE-CD<sup>13</sup>), que sostienen que las personas seleccionamos nuestros modos de proceder, indistintamente, sobre la base de nuestras necesidades o preferencias, para satisfacerlos egoístamente, o bien teniendo en cuenta nuestros deberes y valores. No existiría, en consecuencia, un mismo modo de obrar según criterios de eficiencia o racionalidad, sino diferentes modos de obrar según las preferencias momentáneas del sujeto. El porqué de este modo de entender la racionalidad humana radica en que las personas somos seres de racionalidad limitada. Aun cuando esta concepción no fue creada desde una premisa antropológica, sino más bien desde una premisa psicológica (para los economistas), podría de igual forma asumirse que la misma naturaleza biológica de las personas nos revela que los seres humanos nos encontramos cognitivo y socialmente condicionados por una serie de etiquetas mentales, prejuicios o sesgos, y que nuestro pensamiento no es sólo producto de la elaboración de la razón, sino también de la intuición y de nuestras emociones<sup>14</sup>.

Tanto uno como otro modelo suelen contemplar los dos aspectos de la racionalidad humana: la racionalidad teórica, que sería la capacidad innata de las personas para conocer el mundo y para acceder mentalmente a él, y la racionalidad práctica, que es aquella más bien centrada en el tener consciencia de qué medios son los más adecuados, dentro de los que disponemos para alcanzar los fines que nos hemos propuesto<sup>15</sup>.

### I.a. *Objeto de estudio e hipótesis*

En este trabajo me ocuparé de analizar qué grado de aplicación tienen los dos modelos de la racionalidad humana mencionados en las estructuras objetiva y subjetiva de la imputación a nivel del tipo penal. Para ello me valdré de los aportes teóricos y empíricos provenientes del AED<sup>16</sup> y del AE-CD<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Expresión castellanizada de la raíz inglesa *Behavioral Law and Economics (BL&E)*, *Behavioral Law* o *Behavioral Legal Studies*. Cfr. en ULEN, “The importance of Behavioral Law”, en *The Oxford handbook of Behavioral Economics and the Law*, 2014, pp. 93-94, nota al pie 2, la preferencia por estas dos últimas expresiones y el rechazo por la primera.

<sup>14</sup> Cfr. sobre el pensamiento reflexivo y lógico, y el pensamiento intuitivo y emocional (donde se ubican los sesgos), KAHNEMANN, *Thinking, fast and slow*, 2011 [en español, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2012]. De forma resumida KAHNEMANN/LOVALLO/SIBONY, “Antes de tomar una gran decisión”, en *HBR*, 2011, p. 4.

<sup>15</sup> La racionalidad teórica y práctica pueden ser entendidas ya como facultades psicológicas (como el modelo kantiano), ya como métodos. Para MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 17, 18 y ss., 27 y ss., la racionalidad no es necesariamente una facultad, sino más bien un método, aunque tal método presupone ciertas facultades. Sobre las diferentes acepciones de la voz *rationality* en las ciencias sociales, véase SIMON, “Rationality”, en *Models of bounded rationality*, 1982, pp. 405-407.

<sup>16</sup> Téngase en cuenta, como lo señala ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y

Asumiendo como premisa que las personas somos en mayor o menor medida seres dotados de la facultad de la razón, las unidades jurídicas de medición y valoración *ex post facto* del comportamiento realizado y de la toma de postura del individuo asumida *ex ante facto*, habrán de contar con dicha dosis de racionalidad. ¿Pero cuánta racionalidad hay que considerar normativamente para imputar? La respuesta a esta pregunta nos lleva a estudiar algunas de las propuestas de los modelos de la racionalidad humana ofrecidos por las ramas del saber social, que se ocupan de reflexionar sobre el comportamiento y toma de decisiones de las personas. Evidentemente, una consideración de esta naturaleza revela la premisa metodológica desde la cual se concibe el estudio y el análisis de la dogmática jurídico-penal. La premisa metodológica viene dada por el auxilio de las ciencias sociales en la concepción de las estructuras dogmáticas de valoración e imputación de la responsabilidad penal. Todas las disciplinas que se ocupan del comportamiento humano precisan operar con baremos, unidades de medición, parámetros o figuras de confrontación, y en este punto el Derecho como ciencia jurídica que tiene como objeto la regulación de las relaciones entre personas, no ha de ser la excepción<sup>18</sup>.

En consecuencia, la pregunta a responder en este trabajo será la siguiente: ¿en qué modelo de racionalidad humana han de concebirse los baremos de imputación –objetiva y subjetiva– de la categoría de la tipicidad penal? La hipótesis de partida escogida, que ha de *falsearse* o *verificarse*, es que el AED opera con un modelo de racionalidad humana compatible con la función o finalidad de la imputación objetiva y que el AE-CD se sirve de un modelo de la racionalidad humana limitada perfectamente armonizable con la categoría de la imputación subjetiva.

política criminal”, en *RDPC*, 2004, pp. 42-43, que el sentido normativo del AED es uno normativo-técnico, porque centra su análisis en el enfoque de medios-fines (se asume que el individuo determina qué es lo que quiere obtener, luego selecciona los medios para su consecución y actúa). El análisis normativo-técnico no opera con valores, sino con conocimientos empíricos; el sujeto actúa desde una racionalidad instrumental, no valorativa (o ética).

<sup>17</sup> Sobre las diferentes funciones del AE-CD véase JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A Behavioral approach to Law and Economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, pp. 3-4 y ss. También BELL/RAIFFA/TVERSKY, “Descriptive, normative, and prescriptive interactions”, en *Decision making*, 1988, pp. 9 y ss.

<sup>18</sup> A favor de la labor conjunta entre la dogmática penal y las ciencias sociales, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 (2ª ed.), pp. 66 y ss., 133 y ss., 143; MIR PUIG, “Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal”, en *Derecho penal y ciencias sociales*, 1989, pp. 9 y ss. Sin embargo, existe una gran realidad, que la pone de manifiesto ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 37: gran parte de nuestra tradición dogmática continental se encuentra construida predominantemente desde el análisis formal de las normas.



## II. El Análisis Económico del Derecho y el Análisis Económico-Conductual del Derecho en el Derecho penal

Hace bastante tiempo que el AED forma parte de la discusión jurídico-penal<sup>19</sup> pero, no hace mucho tiempo, sucede lo mismo con el AE-CD<sup>20</sup>. El empleo y desarrollo de estas teorías se destaca mayormente en la familia jurídica del *common Law*, y de un modo más excepcional en la familia continental<sup>21</sup>. Estos dos análisis tienen por objeto el de ofrecer pautas idealizadas o reales de conducta en Derecho y economía, desde un enfoque normativo el primero, y desde un enfoque descriptivo el segundo. Es necesario aclarar en este punto, que si bien el AED y el AE-CD operan con métodos de estudios distintos, no obstante, contemplan dentro de sus postulados funciones de diversa naturaleza. Así, al AED no le es ajena la función descriptiva, como al AE-CD, la función normativa del comportamiento humano.

A continuación, expondré sucintamente, en qué medida los resultados del AED y del AE-CD se han incorporado al debate del Derecho penal.

Bien conocido es que el AED hace tiempo que es trabajado en el campo del Derecho penal y de la política criminal. Su estudio ha estado centrado en el análisis económico del delito<sup>22</sup> (distinguiendo clases de fenómenos delictivos, como los delitos de violencia y los delitos económicos) y el análisis económico del castigo (funciones de la pena, tipos de sanciones y políticas públicas de prevención del delito y de la ejecución del castigo)<sup>23</sup>. Su empleo también se advierte en plantea-

<sup>19</sup> El Derecho penal fue una de las primeras ramas a tratar por el AED. Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico y delito”, en *EI*, 2015, p. 55. Los más reconocidos exponentes del análisis económico del delito (*crime*) y de la pena (*punishment*) son BECKER, “Crime and punishment”, en *JPE*, 1968, pp. 169 y ss. (esta es la versión original. En este trabajo se cita la segunda versión de 1974); y POSNER, “An economic theory of the criminal Law”, en *CLR*, 1985, pp. 1193 y ss. Un breve estudio comparativo entre el AED y el AE-CD en el Derecho penal en HAREL, “Economic analysis of criminal Law”, en *Research handbook on the economics of criminal Law*, 2012, pp. 12 y ss. Sobre el concepto del *homo oeconomicus*, WIELAND, “Die Bedeutung der Figur des ‘homo oeconomicus’”, en *FS-Lampe*, 2003, pp. 371y ss.

<sup>20</sup> Una reseña evolutiva de las ideas del AED al AE-CD en el Derecho penal puede consultarse en FISHER, “Economic analysis of criminal Law”, en *The Oxford handbook*, 2014, pp. 38y ss., 48 y ss. Una introducción crítico-valorativa sobre el AE-CD en Derecho penal en GAROUPA, “Behavioral Economic analysis of crime”, en *EJLE*, 2003, pp. 5 y ss. Recientemente ZAMIR, “Law and Behavioral Economics”, en *EPLSP (forthcoming)*, 2016, pp. 1 y ss.; con una breve reflexión ENGLERTH, “Behavioral Law and Economics”, en *Recht und Verhalten*, 2007, pp. 108 y ss.

<sup>21</sup> Sobre que el AED no es muy empleado en nuestro sistema jurídico, pero sí en el norteamericano, ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, pp. 32-33, 34. Las razones del no-empleo del AED se debe, al decir de este autor, más a desconocimiento, que a genuino rechazo con conocimiento de causa. También advierten esta diferencia GRECHENING/GELTER, “The transatlantic divergences in legal thought”, en *HI&CLR*, 2008, pp. 295 y ss., quienes distinguen entre el *american Law and Economics* y el *german doctrinalism*. Atribuye a otros factores el mayor avance del AE-CD en Norteamérica que en Europa, ULEN, “European and american perspectives and Behavioural Law and Economics”, en *European perspectives*, 2015, pp. 13-14, como a la más elevada competencia académica de innovación que existe en Estados Unidos, y a la mayor formación que los juristas y economistas tienen en estas materias.

<sup>22</sup> Cfr. POSNER, “An economic theory of the criminal Law”, en *CLR*, 1985, pp. 1195 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. POSNER, “An economic theory of the criminal Law”, en *CLR*, 1985, pp. 1193 y ss.

mientos teóricos sobre la aplicación de la ley penal y la ejecución del proceso penal<sup>24</sup>. En menor medida, el traslado del AED se presenta en relación con la parte general y de fundamentos del Derecho penal<sup>25</sup>.

Del análisis económico del delito se encarga la tan conocida teoría de la “decisión de delinquir” (*analysis of choice*), desarrollada en contraste con la teoría criminológica. Hace tiempo desde el AED, Becker definió como razón del delito la utilidad esperada por el delincuente, en ponderación con los costos de su conducta infractora [*“a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become ‘criminals’, therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ”*]<sup>26</sup>. En esta línea, mientras que la teoría económica se centra especialmente en un sujeto-decisor idealizado, que prescinde del contexto en el que actúa y que tiene en cuenta sólo los beneficios que espera y lo que le costaría obtenerlos, en sentido opuesto, la teoría criminológica se focaliza en un sujeto-decisor personal y socialmente contextualizado (lo que parece cuadrar más con el AE-CD). En efecto, cada una de estas teorías se enfrenta de modo muy distinto a la finalidad de la disuasión del delito por parte del Derecho penal<sup>27</sup>.

Por el contrario, el aporte que el AE-CD pudo haber realizado hasta entonces al Derecho penal se encuentra de un modo bastante aislado y no siempre considerado de una manera bien expresa<sup>28</sup>. Esta especie de *low profile* que ha mantenido el AE-CD ha llevado a pensar y hace pensar, que sus aportes no han tenido demasiada repercusión en el ámbito del Derecho penal, pero un repaso por las áreas en donde ha sido mencionado, arrojaría otra conclusión.

En el sector de la política criminal, su primera forma de presentarse ha sido como modelo alternativo al AED. Sus defensores consideran que, a diferencia del AED que tiene en cuenta entre los factores del comportamiento criminal a disuadir sólo la probabilidad real de detección del delito, el AE-CD tiene en cuenta, además, la percepción subjetiva de la probabilidad de detección del delito por parte del propio infractor<sup>29</sup>. Esto lleva a considerar que los juicios de probabilidad no sólo se componen de datos objetivos extraídos de un análisis matemático del hecho delicti-

<sup>24</sup> Cfr. POSNER, “An economic theory of the criminal Law”, en *CLR*, 1985, p. 1193.

<sup>25</sup> Lo advierte POSNER, “An economic theory of the criminal Law”, en *CLR*, 1985, pp. 1193, 1221 y ss., 1225 y ss., quien se refiere al análisis económico del castigo de los delitos intencionales (*criminal intent*) y no intencionales (*negligence, recklessness y strict liability*).

<sup>26</sup> Cfr. BECKER, “Crime and punishment”, en *Essays in the economics of crime*, 1974, p. 9.

<sup>27</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico y delito”, en *EI*, 2015, p. 58.

<sup>28</sup> Recientemente sobre la influencia del AE-CD en la dogmática penal, KASISKE, “Behavioral Law and Economics und Strafrechtsdogmatik”, en *Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft*, 2015, pp. 75 y ss.; MCADAMS/ULEN, “Behavioral criminal Law and Economics”, en *UchPL&LT*, 2008, pp. 1 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to Law and Economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 4. El cambio de paradigma de la racionalidad desde el AE-CD en KOROBKIN/ULEN, “Law and behavioral science”, en *CLR*, 2000, pp. 1051 y ss.

vo, sino antes bien de un análisis global entre datos objetivos y datos subjetivos que provienen de la persona del infractor. Otro sector de la política criminal, que ha recibido la influencia de algunos resultados del AE-CD, ha sido el concepto de seguridad, como concepto eje del nuevo paradigma de la sociedad del riesgo. El concepto de seguridad se aborda dentro de esta concepción, no ya desde la visión del sujeto infractor de la norma, sino desde la visión de la sociedad y de la víctima como sujetos titulares de los bienes jurídicos<sup>30</sup>.

Así también, el AE-CD ha logrado una discreta incorporación en algunas de las instituciones de la teoría del delito, como lo es el criterio normativo del riesgo socialmente desvalorado<sup>31</sup>, las estructuras dogmáticas de la imputación del tipo subjetivo<sup>32</sup>, y la del conocimiento de la ilicitud del hecho<sup>33</sup>.

Finalmente, algunas conclusiones del AE-CD son contempladas en investigaciones sobre la toma de decisiones por parte de los tribunales en el momento del proceso penal. Es decir, no sólo el infractor o la sociedad son abordados como personas de racionalidad limitada (que se ven condicionadas en sus tomas de decisiones por la presencia de sesgos cognitivos y heurísticas), sino también los jueces y operadores del sistema judicial<sup>34</sup>. Todo ello evidencia cómo el AE-CD ha penetrado con mayor intensidad en varios aspectos del debate jurídico-penal, aunque aún siga pasando algo desapercibido.

<sup>30</sup> El trabajo que aborda esta cuestión es el de PAREDES CASTAÑÓN, “La seguridad como objetivo político-criminal”, en *EGUZKILORE*, 2006, pp. 131, 132 y ss., 135, para quien el concepto de seguridad como juicio humano está sometido a la intervención de inevitables sesgos cognitivos, que, por eso mismo, no es puramente racional. Este profesor intenta proponer criterios de racionalización del debate político-criminal acerca de la seguridad. También, una aproximación político-criminal de los sesgos cognitivos en la gestión del riesgo y del miedo social por parte de los gestores públicos en ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo?”, en *Principio de precaución*, 2014, pp. 145 y ss. Precursor en la teoría sobre las leyes del miedo social, la gestión del riesgo y el principio de precaución, SUNSTEIN, *Laws of fear*, 2005. Sobre los sesgos cognitivos y el principio de precaución, CLARKE, “Cognitive bias”, en *JRR*, 2010, pp. 163 y ss.

<sup>31</sup> Evidentemente, lo que vaya a determinarse que es un riesgo jurídico-penalmente relevante tendrá que ir de la mano del análisis político-criminal de los conceptos de seguridad, riesgo y miedo social, comentados en la anterior nota al pie.

<sup>32</sup> Sobre el AE-CD en sede de las estructuras subjetivas típicas, véase SILVA SÁNCHEZ/VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa”, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 265 y ss., 267. Sobre los sesgos cognitivos como factores que condicionan la racionalidad de las representaciones de las personas, en la prueba del dolo, PAREDES CASTAÑÓN, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en *AFD*, 2001, pp. 84, nota al pie 46, p. 82; y en conceptos normativos como ‘desprecio’ de algunos tipos penales, también PAREDES CASTAÑÓN, “El ‘desprecio’ como elemento subjetivo de los tipos penales”, en *RP*, 2003, p. 106. En la literatura angloamericana, DAHAN-KATZ, “The implications of heuristics and biases research on moral and legal responsibility”, en *Neuroscience*, 2013, pp. 135 y ss. Respecto del concepto de *recklessness* y los sesgos cognitivos (en particular en el Derecho de daños), RAPP, “The wreckage of recklessness”, en *WULR*, 2008, pp. 153 y ss.

<sup>33</sup> Un estudio dogmático del conocimiento de la antijuridicidad desde las premisas de la teoría de la racionalidad limitada en CUESTA AGUADO, *Conocimiento de la ilicitud*, 2008, pp. 87 y ss., 151 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. ALONSO GALLO, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre”, en *InDret Penal*, 2011, pp. 1 y ss.; MUÑOZ ARANGUREN, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales”, en *InDret Penal*, 2011, pp. 1 y ss.



## II.a. *Modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal*

Si bien es cierto que toda ciencia social (como lo es en sentido amplio el Derecho) ha de operar con modelos o estructuras del comportamiento, más o menos abstractas o hipotéticas, ello no significa que en pro del modelo o de los resultados que se pretenden alcanzar apriorísticamente, el mismo constituya un desiderátum irrealizable<sup>35</sup>. Para “detectar” qué modelo se adapta mejor a cada uno de los niveles objetivo y subjetivo del tipo tendré en cuenta, en primer término, los postulados más relevantes de cada uno de los análisis (el AED y el AE-CD<sup>36</sup>); en segundo lugar, me referiré a los fines de cada uno de los niveles del tipo, para cerrar con una apreciación personal acerca de qué modelo de la racionalidad humana ha de considerarse en cada uno de estos niveles.

Como ha podido apreciarse, el AED opera con un modelo de actor racional, el denominado *homo œconomicus*, mientras que el AE-CD emplea un modelo de persona real. La principal diferencia que se manifiesta entre estos análisis es que los estándares conductuales del segundo reconocen ciertos límites innatos a la naturaleza humana, que no lo hace el primero. Estos límites son: la racionalidad limitada o imperfecta (*bounded rationality*), la fuerza de voluntad acotada (*bounded willpower*) y el interés limitado (*bounded self-interest*) de las personas<sup>37</sup>. Aunque tales límites se encuentran ejemplarmente trabajados desde hace mucho tiempo en otras disciplinas, como la psicología, filosofía y sociología<sup>38</sup>, en la economía y el Derecho es de más reciente incorporación<sup>39</sup>. El movimiento del AE-CD se basa en los estudios empíricos de la psicología cognitiva y social<sup>40</sup>.

La principal crítica al modelo económico clásico reside en que éste no contempla las normas jurídicas desde una perspectiva del comportamiento humano real, sino desde una perspectiva cuasi-matemática e ideal del comportamiento<sup>41</sup>. Una vez

<sup>35</sup> Como operan los sistemas funcionalistas radicales. El Derecho como ciencia normativa no ha de trabajar de espaldas a la realidad inmanente de su objeto de estudio.

<sup>36</sup> Sobre la diferencia entre estos planteamientos, recientemente MATHIS/STEFFEN, “From rational choice to behavioural economics”, en *European perspectives on Behavioral Law and Economics*, 2015, pp. 33 y ss., 36 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to Law and Economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 6. Ideas que se contraponen a las ideas centrales del enfoque económico: la maximización de la utilidad, las expectativas racionales y el procesamiento óptimo de la información.

<sup>38</sup> Sobre el enfrentamiento entre los paradigmas del *homo œconomicus* y el *homo sociologicus*, ELSTER, “Social norms”, en *JEP*, 1989, pp. 99 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. los aportes de KAHNEMANN/TVERSKY, “Judgment under uncertainty”, en *Science*, 1974, pp. 1124 y ss. [también en “The framing of decisions and the psychology of choice”, en *Science*, 1981, pp. 453 y ss.]; JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to Law and Economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 6.

<sup>40</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico y delito”, en *EI*, 2015, p. 63, nota 14, quien señala que el análisis económico-conductual del delito pretende tanto complementar como corregir el modelo formal de corte beckeriano con información empírica sobre cómo deciden realmente las personas.

<sup>41</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 39, para quien algunas de las críticas dirigidas al modelo de la elección racional sostienen que este

más: su punto de partida es la persona desde un marco ideal como sujeto racional, que no sólo obra sobre la base de razones sino que las mismas van acompañadas de una causa y objetivo. Por el contrario, una visión más ajustada a la realidad de las personas lo ofrece el AE-CD, que aunque asume que los sujetos obran sobre la base de razones, no siempre sus objetivos quedan del todo claros y no siempre escoge los mejores medios para alcanzarlos. De hecho, puede decirse que mientras que el sujeto racional piensa en la optimización de los recursos y fines, el sujeto limitadamente racional sólo piensa en satisfacer sus necesidades e intereses (y no siempre de un modo óptimo y rentable).

Para comprender de un modo más amplio cómo actúan estos análisis, señalaré las estructuras de explicación y predicción que le son propias.

El sistema de explicación del AED se compone, a grandes rasgos, de las siguientes variables:

- (a) agentes asociados a una determinada situación,
- (b) objetivos de esos agentes,
- (c) características del entorno que pueden ayudar -o entorpecer- a los agentes al logro -o no logro- de sus objetivos,
- (d) cursos de actuación más eficaces para el logro de sus objetivos.

En cuanto al sistema de predicción, el AED considera que el agente siempre asumirá el curso de conducta que es más racional a la consecución de sus objetivos<sup>42</sup>.

Por el contrario, el AE-CD no cuenta con un sistema de explicación tan detallado y uniforme<sup>43</sup>, porque justamente su punto de partida es que las personas no obramos siempre del mismo modo en similares situaciones y que nuestra racionalidad y voluntad se encuentran naturalmente recortadas e influidas por factores endógenos como los llamados “sesgos cognitivos” y exógenos como el contexto en el que nos desempeñamos<sup>44</sup>. De allí que su sistema de predicción también varíe según el comportamiento individual. En conclusión, la única generalidad que es

modelo carece de precisión descriptiva y que los seres humanos no se comportan de un modo absolutamente racional, porque en la vida real no existe el *homo œconomicus*.

<sup>42</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, pp. 38-39.

<sup>43</sup> Cfr. MATHIS/STEFFEN, “From rational choice to behavioural economics”, en *European perspectives on Behavioral Law and Economics*, 2015, p. 45, para quienes los puntos de vista del AE-CD no se derivan de una teoría general sino de observaciones empíricas dispares.

<sup>44</sup> Cfr. SIMON, *Models of bounded rationality*, 1997, pp. 291 y ss. Una aplicación de estas consideraciones en lo atinente a la responsabilidad individual en la empresa lo proponen SILVA SÁNCHEZ/VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa”, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 265 y ss. También un análisis del AE-CD en las estructuras de empresa y la influencia de los sesgos cognitivos (*kognitiven Verzerrungen*) en la toma de decisiones, NAGEL, “Was ist ein Unternehmen aus psychodynamischer Sicht und wie sollte es haften?”, en *Unternehmensstrafrecht*, 2012, pp. 154 y ss., 157 y ss.

posible pregonar desde este planteamiento es que la racionalidad humana es limitada e imperfecta<sup>45</sup>.

Para saber qué modelo de racionalidad humana resultaría más idóneo a los juicios de imputación del tipo penal hay que preguntarse a continuación por las finalidades que cada uno de estos juicios persigue. Sólo así podrá determinarse, luego de una confrontación, qué modelo de racionalidad humana se adaptaría más plausiblemente a cada uno de ellos<sup>46</sup>.

En el juicio de imputación objetiva no tiene relevancia penal lo que ha conocido el autor en el caso concreto, sino, por el contrario, qué es aquello que socialmente se conoce y desvalora en relación con el riesgo que aquél ha asumido con su conducta<sup>47</sup>. En este nivel se atribuye una conducta socialmente desvalorada a un sujeto ideal, el hombre medio, el cual se considera portador de un *conocimiento típico general-objetivo*, esto es, un conocimiento de base normativo-social<sup>48</sup>. Lo relevante es, en consecuencia, la lesividad de la conducta en términos intersubjetivos que está prevista como prohibición en una norma de conducta. La razón que reclama una definición de hombre medio en el tipo objetivo es la necesidad de un criterio generalizador que permita establecer los límites de la atribución *intersubjetiva* de conductas<sup>49</sup>. El baremo no deja de ser un recurso heurístico, un punto de vista desde el cual se comienza la distribución social de los riesgos entre los participantes sociales, aplicándolo al autor del delito sólo en primera instancia<sup>50</sup>.

Por el contrario, en el momento de imputar subjetivamente la conducta socialmente desaprobada se ha de valorar la dañosidad social de lo realizado a la luz de los conocimientos individuales del autor. En esta instancia se imputa un *conocimiento típico individual-subjetivo*<sup>51</sup> de base normativo-individual al autor concreto del hecho, al que podríamos denominar, en consecuencia, la persona limitadamente

<sup>45</sup> En relación con las bondades del AE-CD considérese la opinión de KOROBKIN, “What comes after victory for Behavioral Law and Economics?”, en *UILR*, 2011, pp. 1673-1674. Aunque este autor reconoce el éxito de los aportes del análisis conductual en economía, no obstante, reconoce que dichos aportes aumentarán su eficacia en la medida en que se vayan acomodando a nuevos desafíos: por ejemplo, la necesidad de reconocer la autonomía en sí misma como parte del análisis, y la necesidad de introducir la consideración de las diferencias y preferencias individuales en la racionalidad limitada (desde el uso de la heurística).

<sup>46</sup> De hecho, entienden que estos planteamientos no son incompatibles entre sí, sino complementarios, MATHIS/STEFFEN, “From rational choice to behavioural economics”, en *European perspectives on Behavioral Law and Economics*, 2015, p. 45.

<sup>47</sup> Sobre el desvalor intersubjetivo *ex ante* de la conducta de un hombre medio colocado en la situación del autor como elemento de la antijuridicidad penal, MIR PUIG, *Dp*, 2015, pp. 177, *passim*.

<sup>48</sup> Cfr. VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 362.

<sup>49</sup> En este sentido tiene razón RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 20, cuando señala que aun cuando los baremos de personas reales nos pueden informar más acertadamente de cómo se comportan las personas, no es menos cierto que las posturas más ideales pueden resultar muy útiles “para guiar y corregir nuestro pensamiento”.

<sup>50</sup> Cfr. VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 360. En la literatura angloamericana NOURSE, “After the reasonable man”, en *NCLR*, 2008, p. 34, define la persona razonable como un “institutional heuristic”.

<sup>51</sup> Cfr. VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 363.

razonable del autor<sup>52</sup>. En todo caso, la única excepción a la pura subjetividad del autor vendría dada por un límite ineludible, que son los conocimientos mínimos del hombre medio atribuidos de forma objetiva<sup>53</sup>.

En otras palabras: en la atribución objetiva la norma de conducta refleja el saldo de la ponderación entre la libertad subjetiva y la libertad de todos, ponderación que se concreta en la imputación subjetiva a través del deber. Lo objetivo examina más de cerca la relación entre el hecho y la norma, mientras que lo subjetivo lo hace entre la persona y el deber. De allí que el desvalor objetivo de la conducta tome como referencia al hombre medio y el desvalor subjetivo a la persona concreta del autor. Con esta necesaria distinción queda a salvo no sólo el “carácter intersubjetivo que debe caracterizar al hecho prohibido”, sino también el carácter subjetivo que debe caracterizar a la infracción de un deber como presupuesto de la imputación<sup>54</sup>. Los riesgos que resulten necesarios intersubjetivizar como socialmente lesivos vendrían dados por lo que resulte necesario para la función de la institución de la dimensión objetiva, cual es la regulación de los espacios de libertad entre los participantes sociales<sup>55</sup>; mientras que lo subjetivo se orientaría más hacia el grado de participación autorresponsable del sujeto en el hecho desvalorado<sup>56</sup>. Es decir, ha de distinguirse entre el momento de la norma como pauta general de conducta, que encierra un juicio de valoración intersubjetiva, y el momento de la norma como directivo de conducta en el caso concreto.

#### II.a.i. *Modelo clásico de la racionalidad humana en el juicio de imputación objetiva*

La teoría clásica de la racionalidad “supone que quien toma decisiones observa, en una visión comprensiva, todo lo que yace ante él. Comprende la gama de elecciones alternativas a su disposición, no sólo en el presente sino también en el panorama total del futuro. Conoce las consecuencias de cada una de las estrategias de elección disponibles, por lo menos hasta el punto de ser capaz de asignar una distribución de probabilidad conjunta a futuros estados del mundo. Ha reconciliado o equilibrado todos sus antagónicos valores parciales y los ha sintetizado en una sola función de utilidad que dispone, por su preferencia a ellos, todos estos estados futuros del mundo”<sup>57</sup>. A simple vista se advierte que el *defecto* de este modelo reside en la cuestión de la práctica imposibilidad de aplicarlo a un sujeto en particu-

<sup>52</sup> Cfr. VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 363.

<sup>53</sup> Sobre los conocimientos mínimos ineludibles que se presuponen en todo sujeto normal (a excepción de casos de semi-inimputabilidad o inimputabilidad), RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 390 y ss., *passim*.

<sup>54</sup> Cfr. VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 393.

<sup>55</sup> Como “criterio político-criminal de estandarización de una mínima racionalidad en el modo de ejercer la libertad”, VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 396.

<sup>56</sup> Cfr. VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 393.

<sup>57</sup> Véase SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 12 y ss., 13 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 22 y ss., 24].

lar, porque, en verdad, el mismo no refleja en absoluto el modo en cómo las personas proceden normalmente al momento de decidir, escoger y obrar. Ya con sostener que el sujeto decidor observa todas las posibilidades que yacen ante él, esta teoría asume premisas alejadas de la realidad, porque por regla general, el sujeto decidor no siempre cuenta con todas las posibilidades que se le presentan en el momento de la decisión. Del mismo modo, tampoco es del todo real que quien toma decisiones pondera de forma calculada y detallada las consecuencias de cada una de las elecciones posibles.

Los defensores de los postulados del AED cuestionan las críticas contra ellos dirigidas. Así, por ejemplo, refutan desde la siguiente pregunta: “¿De verdad se piensa que quienes utilizan modelos que presuponen una conducta plenamente racional no se habían dado cuenta de que las personas no siempre se comportan de ese modo?”<sup>58</sup>. Evidentemente, a esta pregunta hay que responder que los críticos no piensan [no pensamos] de que los teóricos que defienden el modelo del agente racional creen a rajatabla de que las personas son estrictamente sujetos racionales en todo momento; pero, lo que sí piensan [pensamos] es que el modelo que aquellos defienden carece –aun reconociendo la naturaleza imperfecta del ser humano– de la dosis de realidad suficiente para operar como baremo de medición de conductas en según qué ámbitos.

De hecho, los mismos defensores del modelo del agente racional especifican que el supuesto del *homo æconomicus* no tiene como función describir “cómo operan los seres humanos” individualmente, sino socialmente, como fenómeno social<sup>59</sup>, y en este sentido su enfoque normativo no revela tanto una intención de prescribir cómo se han de comportar las personas sino de ofrecer una explicación idealizada de las mismas<sup>60</sup>. Una explicación idealizada permitiría deducir ciertas leyes y dinámicas del comportamiento social de cara a las prescripciones normativas. Y en este punto, el AED puede realizar un aporte esencial a nivel del tipo objetivo<sup>61</sup>. Esto no supone una elegante concesión a favor de todos sus numerosos postulados, sino un reconocimiento de la utilidad teórica que brinda desde el baremo racional a una de las categorías del delito. Si, como se ha visto, la finalidad del juicio de

<sup>58</sup> De estas palabras ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 40. De hecho, RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 20, sostiene que aun cuando los científicos operen con un agente idealmente racional (que todo lo sabe), es evidente, que “ningún ser humano –ni siquiera los genios– se acerca a tales ideales”.

<sup>59</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 40.

<sup>60</sup> Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 21.

<sup>61</sup> Hace algunos años una cierta similitud entre el hombre medio y el *homo æconomicus* fue advertido por ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 39, lo que permite considerar que la propuesta de este trabajo no se encuentra tan alejada del pensamiento de los defensores del AED. Este autor señaló, que el hombre medio cumple una función para el jurista como baremo normativo, en el ámbito del deber ser, y por eso mismo dicho baremo no tiene por qué ser real (pero sí consecuente con la máxima “deber implica poder”). Del mismo modo el *homo æconomicus* opera como una herramienta normativa de análisis (de explicación-predicción) desde un supuesto hipotético.



imputación objetiva es la de atribuir un comportamiento (y/o un resultado) típico a un sujeto actuante comprendido como un agente social prototípico, a través de la figura del hombre medio o persona razonable, entonces, el modelo clásico de la racionalidad cumple con los requisitos de procedibilidad de este nivel. Evidentemente, la aplicación del baremo del agente racional a nivel del tipo objetivo es posible en virtud de la función estandarizadora e intersubjetiva que presenta el juicio de imputación objetiva de la conducta (y/o resultado) típica<sup>62</sup>.

A mayor abundamiento, tómesese nota de cómo el modelo racional se ajusta metodológicamente a la función del tipo objetivo. Uno de los más reconocidos defensores del AED en la literatura española señala que “en la construcción de todo modelo, el objetivo es abstraer tantas características como sea posible del fenómeno a estudiar, manteniendo sin embargo la capacidad de proporcionar un acceso suficientemente aproximado a la realidad, sea con fines explicativos o predictivos (...). Es por esto que a la hora de proponer modelos para el análisis positivo existe una tensión entre sencillez y complejidad, debida al hecho de que el modelo al mismo tiempo pretende ser una simplificación de y una aproximación al mundo real (...). El énfasis en la sencillez se corresponde con el interés en disponer de un modelo susceptible de ser usado con soltura en distintas situaciones; el otorgado a la complejidad tiene que ver con la adecuación empírica del modelo, que es de esperar que guarde algún tipo de relación con la realidad, algo para lo que puede ser necesario hacer lo más complejo, introducir supuestos menos idealizados. La adecuación de un modelo sólo se puede evaluar de acuerdo con las características concretas del fenómeno que se quiere explicar/predecir (...). En resumen: no hay *homines oeconomici*, por supuesto que no, pero en numerosas ocasiones es útil hacer como si los hubiera”<sup>63</sup>. Es decir, lo que este autor señala —o podría estar señalando— es que el modelo (racional) persigue una función de evaluar las características concretas de un fenómeno determinado [que en el tipo objetivo sería la infracción a una norma de conducta de valor intersubjetivo], para lo cual emplea un baremo simplificado de individuo [que en el tipo objetivo sería el hombre medio].

#### II.a.ii. *Modelo de la racionalidad humana limitada en el juicio de imputación subjetiva*

Como respuesta al modelo clásico de la racionalidad hemos visto que se presenta la “alternativa conductual” (*behavioral alternative*), que propone partir de premisas

<sup>62</sup> Como lo señala HÖRNLE, “Social expectations in the criminal Law”, en *NCLR*, 2008, pp. 1 y ss., debajo del baremo de la *reasonable person* subyacen las expectativas sociales de comportamiento.

<sup>63</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis Económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 41. Una conclusión de esta naturaleza se aprecia ya en SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, 1996, p. 38: “(...) metodológicamente podemos actuar como si pudiésemos entenderlo todo, puesto que no hay manera de conocer lo que no podemos conocer: para conocer los límites del conocimiento deberíamos conocer ambos lados del límite. Así pues, la omnisciencia potencial es aceptable como recurso heurístico, pero sería autoengañarnos suponer que se trata de un hecho” (cursiva añadida).

más reales, como un sistema humano de procesamiento de la información y toma de decisiones de naturaleza imperfecta. La propuesta de este trabajo es que el baremo normativo de medición *ex post facto* en el nivel de la imputación subjetiva sea lo más aproximado posible a la realidad subjetiva del autor<sup>64</sup>.

Pero si en el nivel de la imputación objetiva era posible prescindir de premisas individuales, en el nivel de la imputación subjetiva dicho modo de obrar puede conllevar a juicios de imputación desviados de la finalidad del mismo, cual es: desvalorar la participación individual del autor concreto en el hecho típico. Para sortear la visión reduccionista del AED a nivel del tipo subjetivo es necesario recurrir a los postulados del AE-CD, porque desde este enfoque será posible cumplir más o menos satisfactoriamente con las finalidades de este nivel. Las investigaciones empíricas provocan un replanteamiento del estándar normativo de *persona razonable* empleado en el juicio de imputación subjetiva<sup>65</sup>. Como el AE-CD parte de la constatación de que todas las personas somos naturalmente limitadas en nuestras capacidades cognitivas y volitivas (sesgos cognitivos), entonces, su propuesta de medición del comportamiento humano se ajusta a dichas limitaciones<sup>66</sup>. Evidentemente, la teoría de la racionalidad limitada no ha de llevar a construir un baremo subjetivo excusante de la responsabilidad individual, sino un baremo subjetivo compatible con dichas limitaciones, porque también se han de valorar dentro del baremo las capacidades subjetivas de neutralización y superación de dichos condicionantes<sup>67</sup> (de hecho, no es desconocido que en la dogmática penal hace tiempo algún sector de la doctrina opera con la estructura de la *actio libera* para detectar el fundamento de una imputación extraordinaria)<sup>68</sup>.

La teoría de los sesgos cognitivos ubica estos “prejuicios o ideas fijas” dentro del pensamiento no reflexivo, sino intuitivo y más impulsivo de las personas. Dado que en el pensamiento intuitivo el procesamiento de la información es mucho más

<sup>64</sup> De hecho, entre los especialistas del AE-CD se sostiene que uno de los desafíos para los futuros estudios del fenómeno es incorporar las diferencias individuales en el análisis de la racionalidad limitada, esto es, propender a considerar en los baremos las particularidades del individuo (conocimientos técnicos, predisposición al riesgo, habilidades, etc.). Así, TOR, “The next generation of Behavioral Law and Economics”, en *European perspectives on Behavioral Law and Economics*, 2015, pp. 23-24 y ss.

<sup>65</sup> En el sistema angloamericano se arguyen similares razones, pero, en concreto, en relación con los tipos imprudentes (*negligence offense*), en donde, para algunos autores, el actual *reasonable person standard* resulta injustificable para reflejar la verdadera culpabilidad individual. Cfr. DAHAN-KATZ, “The implications of heuristics and biases research on moral and legal responsibility”, en *Neuroscience*, 2013, p. 135.

<sup>66</sup> Cfr. HÖRNLE, “Social expectations in the criminal Law”, en *NCLR*, 2008, p. 15. Para esta autora a medida que se incrementa la consideración individual de la persona del autor en el juicio de la imputación va desapareciendo la figura de la persona razonable.

<sup>67</sup> Sobre los sesgos cognitivos en el concepto de dolo y error, VARELA, *Dolo y error*, 2016, pp. 224 y ss., 227 y ss. En el sistema angloamericano DAHAN-KATZ, “The implications of heuristics and biases research on moral and legal responsibility”, en *Neuroscience*, 2013, p. 135. Sobre la influencia de los sesgos en los juicios de probabilidad, PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento*, 1988, pp. 16, 49 y ss., *passim*.

<sup>68</sup> Cfr. RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 34, para quien “sería pertinente confirmar de vez en cuando la validez de nuestras reglas de conducta”. En la teoría psicológica a esta revisión de pautas de conducta o de modos de pensar se denomina “desesgamiento” (*debiasing*).

rápido y liviano, el mismo se torna irreflexivo, porque la información no pasa por el filtro de la razón. Debido a la inmediatez de su funcionamiento es en esta instancia mental en donde se gestan con mayor facilidad los denominados sesgos cognitivos. Junto a los sesgos cognitivos se presentan los juicios heurísticos, que son modos resumidos de una idea ya procesada hace tiempo; una especie de atajos mentales que nos permiten conducirnos por la vida de forma automatizada en muchos aspectos de nuestra cotidianidad<sup>69</sup>. Mientras que el pensamiento reflexivo del sujeto puede presentarse en situaciones en que se cuenta con mayor margen de tiempo y más opciones que barajar, el pensamiento intuitivo suele acompañar a nuestras decisiones más repentinas y precipitadas<sup>70</sup>. Evidentemente, ninguna de ellas garantiza de antemano el éxito de la situación. Muchas veces por tanto pensar decidimos lo que no era conveniente y nos perjudicamos, y viceversa, una decisión espontánea puede resultar la más acertada en alguna ocasión.

En consecuencia, será el modelo de la persona limitadamente razonable, el que resultará más adecuado como criterio de imputación subjetiva al respetar la individualidad del autor concreto y con ello la dignidad de la persona. El baremo a emplear será un criterio basado en la individualidad, en los conocimientos y capacidades especiales del sujeto, con la única excepción del límite estándar de los conocimientos sociales ineludibles<sup>71</sup>. Al momento de imputar, el juicio de atribución del conocimiento (o error) se realizará sobre la base de la verdadera subjetividad del sujeto actuante y no a partir de la figura de una persona hipotética que no existe. Evidentemente, en cuanto a su aplicación, el criterio de la persona limitadamente razonable seguirá siendo en abstracto un constructo intersubjetivo, que se ha de adaptar al caso particular.

En este sentido, tanto los planteamientos dogmáticos como la política-criminal de los jueces han de nutrirse de las evidencias empíricas sobre el comportamiento humano para construir sus criterios de imputación<sup>72</sup>. Un enfoque normativo de la responsabilidad individual no podría –no debería– progresar sensatamente a costa de la propia individualidad<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Para TODD/GIGERENZER, “Bounding rationality”, en *JEP*, 2003, p. 149, las reglas heurísticas de decisión son una especie de “colección de mecanismos cognitivos especializados que la evolución y el aprendizaje han construido en nuestra mente”.

<sup>70</sup> Como lo sostiene RESNIK, *Elecciones*, 1998, p. 34, “vivimos conforme a muchas reglas de conducta que nos dicen cuándo deberíamos tomar una decisión inmediata y cuándo necesitamos un análisis de la decisión de algún tipo”.

<sup>71</sup> Estar por debajo de los conocimientos mínimos, socialmente intersubjetivizados, podría plantear problemas a resolver en el nivel de la culpabilidad, antes que en la imputación subjetiva del tipo.

<sup>72</sup> Estudios empíricos que, como avances consolidados, nos revelen los parámetros del comportamiento más aproximados a la realidad y menos idealizados.

<sup>73</sup> En el ámbito de la culpabilidad, no es desconocido que hace tiempo los aportes en neurobiología han empezado a cuestionar alguno de los presupuestos de la responsabilidad penal. En verdad, el punto de partida que debería asumirse tiene que ver con la consideración crítica de otras ciencias, permitiendo con ello una cierta humanización del Derecho penal. Sobre este tema y conclusión, DEMETRIO CRESPO, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”, en *InDret Penal*, 2011, p. 4.

### III. Conclusiones

a. Mientras que el método del AED tiene en cuenta el comportamiento de un agente racional, el AE-CD opera desde la premisa de un comportamiento real.

b. El AED emplea estructuras de explicación-predicción del comportamiento humano basadas en las mismas variables (racionalidad, eficiencia, medios-fines). Como cada una de sus variables se construye desde la promedización de un fenómeno (sacrificando todo tipo de individualidad), el resultado que se extrae siempre es genérico y estándar. Este modo de operar encaja con las funciones y fines que se persiguen en la categoría del tipo objetivo.

c. De modo resumido: mientras que el AED intenta simplificar la complejidad del comportamiento humano desde supuestos conductuales racionales, el AE-CD intenta resaltarla y considerarla en sus baremos y criterios normativos del comportamiento.

d. Por el contrario, el AE-CD no emplea una estructura normativa-general, sino particular, teniendo en cuenta los connaturales límites de la naturaleza humana, que varían de sujeto en sujeto (racionalidad limitada y volición acotada). Este modo de operar encaja con las funciones y fines que se persiguen en la categoría del tipo subjetivo.

e. La ilusión del enfoque de la perfecta racionalidad humana nos lleva a someter a valoración la conducta real del autor desde cánones ideales. Un espontáneo autodesengaño nos lleva a quitarnos el velo del prejuicio teórico en este aspecto y a proponer premisas dogmáticas más sensatas de cara a la responsabilidad individual.

### Bibliografía

- Aguiar, Fernando (2004), “Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos”, en *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, nº 8, pp. 139-160.
- Alonso Álamo, Mercedes (2014) “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal”, en Gómez Tomillo (dir.), *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, pp. 123-148, Valencia.
- Alonso Gallo, Jaime (2011), “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal”, en *InDret Penal*, nº 4, pp. 1-30.
- Becker, Gary S. (1974), “Crime and punishment: an economic approach”, en Becker/Landes (eds.), *Essays in the economics of crime and punishment*, pp. 1-54, New York<sup>74</sup>.
- Bell, David E./Raiffa, Howard/Tversky, Amos (1988), “Descriptive, normative, and prescriptive interactions in decision making”, en Bell/Raiffa/Tversky (eds.), *Decision making. Descriptive, normative, and prescriptive interactions*, pp. 9-30, Cambridge.
- Bonome, María (2009), *La racionalidad en la toma de decisiones: análisis de la teoría de la decisión de Herbert A. Simon*, La Coruña.
- Clarke, Steve (2010), “Cognitive bias and the precautionary principle: what’s wrong with the core

<sup>74</sup> Versión original publicada en: *Journal of Political Economic*, 1968, v. 76, nº 2, pp. 169-217.

- argument in Sunstein's Laws of fear and a way to fix it", en *Journal of Risk Research*, v. 13, nº 2, pp. 163-174.
- Cuesta Aguado, María de la Paz (2008), *Conocimiento de la ilicitud: aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo* (recurso electrónico), Madrid.
- Dahan-Katz, Leora (2013), "The implications of heuristics and biases research on moral and legal responsibility. A case against the reasonable person standard", en Vincent (ed.), *Neuroscience and legal responsibility*, pp. 135-155, Oxford.
- Demetrio Crespo, Eduardo (2011), "Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal", en *InDret Penal*, nº 2, pp. 1-39.
- Elster, Jon (1989), "Social norms and economic theory", en *Journal of Economic Perspectives*, v. 3, nº 4, pp. 99-117.
- Englerth, Markus (2007), "Behavioral Law and Economics –eine kritische Einführung", en Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker (eds.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, pp. 60-131, Tübingen.
- Fisher, Talia (2014), "Economic analysis of criminal Law", en Dubber/Hörnle (eds.), *The Oxford handbook of criminal Law*, pp. 38-58, Oxford.
- Garoupa, Nuno (2003), "Behavioral economic analysis of crime: a critical review", en *European Journal of Law and Economics*, v. 15, nº 1, pp. 5-15.
- Grechening, Kristoffel/Gelter, Martin (2008), "The transatlantic divergences in legal thought: american Law and Economics vs. german doctrinalism", en *Hastings International and Comparative Law Review*, nº 31, pp. 295-360.
- Harel, Alon (2012), "Economic analysis of criminal Law: a survey", en Harel/Hylton (eds.) *Research handbook on the economics of criminal Law*, pp. 10-50, United Kingdom.
- Hörnle, Tatjana (2008), "Social expectations in the criminal Law: the 'reasonable person' in a comparative perspective", en *New Criminal Law Review*, v. 11, nº 1, pp. 1-32.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard (1998), "A behavioral approach to Law and Economics", en *Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper* nº 55, pp. 1-100.
- Kahnemann, Daniel (2011), *Thinking, fast and slowly*, New York [en español: *Pensar rápido, pensar despacio*, Chamorro Mielke (trad.), 2012, Barcelona].
- Kahnemann, Daniel/Lovallo, Dan/Sibony, Olivier (2011), "Antes de tomar una gran decisión...", en *Harvard Business Review (América Latina)*, pp. 3-12.
- Kahnemann, Daniel/Tversky, Amos (1974), "Judgment under uncertainty: heuristics and biases", en *Science*, nº 185, pp. 1124-1131.
- (1981), "The framing of decisions and the psychology of choice", en *Science*, nº 211, pp. 453-458.
- Kasiske, Peter (2015), "Behavioral Law and Economics und Strafrechtsdogmatik", en Bock/Harrendorf/Ladiges (eds.), *Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft. 4. Symposium junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler*, pp. 75-98, Baden-Baden.
- Korobkin, Russell (2011), "What comes after victory for Behavioral Law and Economics?", en *University of Illinois Law Review*, nº 5, pp. 1653-1674.
- Korobkin, Russell/Ulen, Thomas S. (2000), "Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics", en *California Law Review*, v. 88, nº 4, pp. 1051-1144.
- Langley, Ann/Mintzberg, Henry/Pitcher, Patricia/Posada, Elizabeth/Saint-Macary, Jan (1995), "Opening up decision making: the view from the black stool", en *Organization Science*, nº 6 (3), pp. 260-279 [<http://dx.doi.org/10.1287/orsc.6.3.260>].
- McAdams, Michael H./Ulen, Thomas S. (2008), "Behavioral criminal Law and Economics", en *University of Chicago Public Law & Legal Theory, Working Paper* nº 244, pp. 1-41.



- Mathis, Klaus/Steffen, Ariel David (2015), "From rational choice to behavioural economics", en Mathis (ed.), *European perspectives on Behavioral Law and Economics*, pp. 30-48, Switzerland.
- Mir Puig, Santiago (2015), *Derecho penal. Parte general*, Gómez Martín/Valiente Iváñez (colabs.), 10ª ed., Barcelona.
- (1989), "Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal", en Mir Puig (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, pp. 9-31, Barcelona.
- Mosterin, Jesús (1987), *Racionalidad y acción humana*, 2ª ed., Madrid.
- Muñoz Aranguren, Arturo (2011), "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", en *InDret Penal*, nº 2, pp. 1-39.
- Nagel, Claudia (2012), "Was ist ein Unternehmen aus psychodynamischer Sicht und wie sollte es haften?- Unternehmensstrafrecht aus Sicht von Behavioral Economics und Behavioral Strategy", en Kempf/Lüderssen/Volk (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, pp. 153-176, Berlin.
- Nourse, Victoria (2008), "After the reasonable man: getting over the subjectivity/objectivity question", en *New Criminal Law Review*, v. 11, nº 1, pp. 33-50.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (2004), "Análisis económico del Derecho y política criminal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2 (extra), pp. 31-74.
- (2015), "Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber", en *Economía Industrial*, ejemplar dedicado a *Análisis económico del delito*, nº 398, pp. 55-64.
- Paredes Castañón, José Manuel (2003), "El 'desprecio' como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho", en *Revista Penal*, nº 11, pp. 94-117.
- (2006), "La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal", en *EGUZKILORE*, nº 20, pp. 129-149.
- (2001), "Problemas metodológicos en la prueba del dolo", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 67-93.
- Pérez Echeverría, María del Puy (1988), *Psicología del razonamiento probabilístico*, Madrid.
- Posner, Richard (1985), "An economic theory of the criminal Law", en *Columbia Law Review*, v. 85, nº 6, pp. 1193-1231.
- Ragués i Vallès, Ramon (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona.
- Rapp, Geoffrey C. (2008), "The wreckage of recklessness", en *Washington University Law Review*, v. 86, pp. 111-180.
- Resnik, Michael D. (1998), *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, Villarrea/Rodríguez (trads.), Barcelona.
- Searle, John R. (1996), *El redescubrimiento de la mente*, Valdés Villanueva (trad.), Barcelona.
- Silva Sánchez, Jesús-María (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed. con adiciones (1ª ed. 1992 Barcelona), Buenos Aires-Montevideo.
- Silva Sánchez, Jesús-María/Varela, Lorena (2013), "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo", en Silva Sánchez (dir.), Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, pp. 265-286, Barcelona.
- Simon, Herbert (1979), "Decision making in business organizations", en *The American Economic Review*, v. 69, nº 4, pp. 493-513.
- (1997), *Models of bounded rationality*, v. 3, *Empirically grounded economic reason*, Massachusetts.
- (1982), "Rationality", en *Models of bounded rationality*, v. 2: *Behavioral Economics and business organization*, pp. 405-407, London.
- (1983), *Reason in human affairs*, Oxford [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, Guerrero Tapia (trad.), 1989, México].
- Sunstein, Cass R. (2005), *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge.

- Todd, Peter M./Gigerenzer, Gerd (2003), "Bounding rationality to the world", en *Journal of Economic Psychology*, v. 24, nº 2, pp. 143-165.
- Tor, Avishalom (2015), "The next generation of behavioral Law and Economics", en Mathis (ed.), *European perspectives on Behavioral Law and Economics*, pp. 17-29, Switzerland.
- Ulen, Thomas S. (2015), "European and american perspectives and Behavioural Law and Economics", en Mathis (ed.), *European perspectives on Behavioral Law and Economics*, pp. 3-16, Switzerland.
- (2014), "The importance of Behavioral Law", en Zamir/Teichman (eds.), *The Oxford handbook of Behavioral Economics and the Law*, pp. 93-124, Oxford.
- Varela, Lorena (2016), *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona.
- Wieland, Joachim (2003), "Die Bedeutung der Figur des 'homo æconomicus' für das Recht", en Dölling (ed.), *Jus humanus. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, pp. 371-382, Berlin.
- Zamir, Eyal (2016), "Law and Behavioral Economics", en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy (forthcoming)*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2777091>, pp. 1-10.